

9 Schots recht

9.1 INLEIDING

Bij het vergelijken van de diverse rechtsstelsels neemt Schotland een bijzondere plaats in. Niet alleen is Schotland onderdeel van het Verenigd Koninkrijk en uit dien hoofde een land dat geregeerd wordt door het stelsel van de common law,¹ maar ook heeft binnen dit common law-stelsel Schotland als enige tot 28 november 2004 vastgehouden aan een feodaal systeem. Was dit principe in de overige Europese landen al enkele eeuwen afgeschaft,² in Schotland hield het stand.³ Reden hiervoor was de uitbreiding van de Schotse steden, die dankzij de figuur van de 'feudal grants'⁴ en wegens het ontbreken van noodzakelijke publiekrechtelijke wetgeving, plaats kon vinden onder door de ontwikkelaars vast te stellen eeuwigdurende voorwaarden.⁵ Gesanctioneerd door de gerechtelijke instanties verwerden deze 'grants' tot wat thans heet 'real burdens'.⁶

Nu de Schotse wetgever in de aanloop naar de afschaffing van het feodale stelsel op 28 november 2004 een groot aantal stelsels tot zijn beschikking had om tot voorbeeld te dienen bij het vaststellen van nieuwe wetgeving op het gebied van zakelijke rechten en grondeigendom, is het interessant te bezien welk(e) rechtsstelsel(s) tot voorbeeld hebben gediend en welke keuze de Schotse wetgever heeft gemaakt en waarom.

Om eerder genoemde burdens in perspectief te kunnen plaatsen is het noodzakelijk het goederenrechtelijke stelsel van Schotland te bekijken. Omdat het Scottish Legal System een 'mixed' system is, een systeem dat de kenmerken van meerdere systemen in zich draagt,⁷ voert het echter te ver de integrale totstandkomingsgeschiedenis en finesses van het goederenrechtelijk systeem uiteen te zetten.⁸

1 Of, zoals Reid en Zimmerman het stellen in *A history of private law in Scotland*, p. 4, 'common (in the sense of uncodified) law'. In historische en inhoudelijke zin is sprake van een mengvorm van common law en civil law, zie hierna §9.2 Zie ook Gordon/De Waal, *Servitudes and Real burdens*, in: *Mixed legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa* (2004).

2 In Nederland in 1798, in Frankrijk in 1789 en in Engeland in 1660 (Tenures Abolition Act).

3 Zie over het ontstaan van het feodale stelsel in Schotland Rennie, *Land Tenure in Scotland*, §1-01.

4 Oorspronkelijk door de feodale heer verleende rechten tot gebruik van grond.

5 Reid, *Real Rights and real obligations*, p. 35, in: *Contents of real rights*, Wolf Legal Publishers, 2004.

6 Steven, *revolution in Scottish land law*, *Electronic Journal of Comparative law*, vol. 8.3 (Oct. 2004).

7 Reid/Zimmerman, t.a.p., p. 3.

8 De geïnteresseerde lezer verwijst ik naar Reid/Zimmerman, t.a.p.

9.2 HET STELSEL IN SCHOTLAND; DE TOTSTANDKOMING

Het Schotse rechtssysteem is tot stand gekomen onder invloed van met name het Romeinse Recht en het recht van the common law. In tegenstelling tot de civiele rechtssystemen kent common law geen vast omljnd goederenrechtelijk stelsel, en daarmee ook geen numerus clausus voor wat betreft de zakelijke rechten. De grenzen van de respectieve figuren worden door de rechter vastgesteld. De rechterlijke uitspraken fungeren aldus als precedent.

In Schotland lopen de beide systemen door elkaar heen. Naargelang de gebleken behoefte werden in de loop der eeuwen elementen uit een van beide systemen meer aangezet dan wel afgezwakt.

De invloed van het Romeinse recht is in het goederenrecht met name duidelijk uit de figuur van de servitudes, die al in 1583 in Schotland bekend waren.⁹ Gedurende lange tijd werd strak vastgehouden aan de voor de servitude geldende Romeinrechtelijke regels en bleven de Latijnse namen als *via*, *aquaeductus*, *aquahaustus* en *non aedificandi* in zwang. Verplichtingen om te doen konden niet de inhoud van een servitude zijn^{10,11} en bovendien was er slechts een beperkt aantal servitudes 'bekend'. Slechts servitudes die als zodanig al bekend waren konden bestaan, zodat er feitelijk een 'fixed list' van servitudes bestond.

Bovengenoemde beperkingen waren onbekend in het feodale stelsel, dat naar verluid in 1066 door Willem de Veroveraar in Engeland geïntroduceerd werd, en kort daarna in Schotland verspreid. Basis van het feodale systeem was, dat de eigendom van de grond niet 'direct' aan een particulier in eigendom kon toebehooren, maar dat de gerechtigde tot een stuk land dit als 'vazal' voor de Kroon hield. De houder mocht weliswaar de grond gebruiken als een (economisch) eigenaar, maar de uiteindelijke eigendom berustte steeds bij de Kroon. Het plaatsen van een tussenschakel – dat wil zeggen iemand die in de verhouding tot de Kroon vazal was, en in verhouding tot een derde 'superior' – was ook toegestaan en werd aangeduid als 'sub-infeudation'.¹² Het opleggen van positieve verplichtingen in ruil voor het gebruik van het land was in het feodale systeem logisch en gebruikelijk¹³ en werd dan ook veelvuldig toegepast, zeker toen de bruikbaarheid van het instrument voor stadsontwikkeling duidelijk werd. Door het karakter van de verplichtingen konden deze tot in lengte van dagen zowel door de oorspronkelijke bedinger

9 Reid, *Modernising Land Burdens: The new law in Scotland*. Bijdrage aan de *Ius Commune Conference*-bundel 'Towards a Unified System of Land Burdens?', Intersentia Metro, Antwerpen/Oxford 2006.

10 *Nicholson v Melville* (1708) Mor 14516.

11 En omdat bij de servitudes onverkort het adagium gold 'nemo res sua servit' aldus *Innes v Stewart* (1542) M. 3081.

12 Reid, *The abolition of feudal tenure in Scotland*, §1.2.

13 Denk aan verplichtingen om in tijden van oorlog voor de superior te strijden, maar ook aan andere verplichtingen als afdracht van een deel van de opbrengst van het land, betaling van geld of zelfs het mysterieuze *ius primae noctis*.

(de Kroon dan wel de andersoortige superieur) als door diens rechtsopvolgers worden afgedwongen. In de praktijk werd het opleggen van dergelijke verplichtingen, de 'real burdens', toegestaan en bleef het feodale systeem floreren.

In de rechtspraak werd erkend dat feodale verplichtingen niet alleen werking hadden tussen partijen, maar ook jegens rechtsopvolgers onder bijzondere titel,¹⁴ en omdat de inhoud van de real burdens niet zoals bij de erfdienstbaarheid begrensd werd door (Romeinsrechtelijk geïnspireerde) regels nam de toepassing een grote vlucht. De enige beperking die aan de toelaatbaarheid van een real burden gesteld werd, was dat hij op enige wijze betrekking moest hebben op het te belasten stuk land.

De real burdens kwamen niet alleen voor binnen het feodale systeem, maar ontwikkelden zich er gaandeweg ook buiten. Omdat in bepaalde gebieden de 'subfue' niet was toegestaan bestond daar geen mogelijkheid voor de gerechtigde om gronden te vervreemden en toch enige vorm van zeggenschap er over te behouden ('subinfeudation'). Slechts directe overdracht ('substitution') zonder behoud van enige juridische (zeggenschaps-)band was mogelijk. Teneinde de oorspronkelijke eigenaar toch enige vorm van zeggenschap te laten behouden werd het toegestaan ook buiten het feodale systeem real burdens in het leven te roepen, waarbij echter wel als vereiste gold dat de bedinger aan het verkochte grenzende gronden in eigendom had.¹⁵ Vorenstaande was een extra impuls tot uitbreiding van het gebruik van de real burdens ten nadele van de servitude. Deze laatste, meer restrictievere rechtsfiguur bleef gebruikelijk voor de klassiekere rechten als die van overpad.

Als gevolg van de geschetste ontwikkeling bestonden er in Schotland vóór de afschaffing van het feodale stelsel op 28 november 2004 ('The Appointed Day') twee soorten 'land burdens', te weten de Romeinsrechtelijk geïnspireerde servitudes, en de real burdens als voortgekomen uit het feodale stelsel.¹⁶

9.3 HET STELSEL VÓÓR 28 NOVEMBER 2004

In Schotland bestaat een in principe gesloten systeem van zakelijke rechten. Het is partijen niet toegestaan zelf een nieuw soort recht te creëren. Slechts indien het te creëren recht binnen de grenzen van reeds erkende zakelijke rechten kan worden

14 Tailors of Aberdeen v Coutts (1840) 1 Rob 296.

15 Ook in Engeland, waar het feodale systeem al in 1290 met het statuut Quia emptores als leidend systeem het onderspit had gedolven, was behoefte aan de mogelijkheid verplichtingen met de eigendom van de grond over te laten gaan. Onder de naam 'freehold restrictive covenants' werd daar hetzelfde bereikt als in Schotland met de real burdens, zij het dat het opleggen van verplichtingen om te doen nog steeds niet was toegestaan.

16 Maar zoals uiteengezet, ook daarbuiten ontwikkeld.

gebracht,¹⁷ kan het recht als zodanig worden ingeschreven in de openbare registers. Opgemerkt moet worden dat de lijst niet geheel gesloten is, er bestaat ruimte voor uitbreiding zowel door common law als door 'statute'.¹⁸ Door statute zijn inmiddels onder meer toegevoegd de lease en the right of standard security¹⁹ Omgekeerd zijn er bestaande rechten afgeschaft omdat ze in onbruik waren geraakt, zoals the right to arsenals en fortalices.²⁰

9.3.1 De servitudes vóór the appointed day

In Schotland was het mogelijk erfdiensbaarheden (servitudes) te vestigen, zij het dat deze in de soort gelimiteerd waren tot bijvoorbeeld het recht van weg of van afvoer. Indien de gewenste erfdiensbaarheid naar zijn aard overeenkwam met een servitude uit de 'fixed list', behoefde hij niet te worden inschreven in de openbare registers (The Land Register) en was geen akte nodig.²¹ Alhoewel het formeel mogelijk was de fixed list uit te breiden,²² was het in de praktijk bijzonder lastig nieuwe erfdiensbaarheden te construeren.²³

Zoals bij alle Romeinsrechtelijk geïnspireerde servitudes moest sprake zijn van een heersend en een dienend erf, ook wel dominant/benefited en servient/burdened tenement geheten, die in elkaars nabijheid moesten liggen (de Romeinsrechtelijke eis van vicinitas). Daarnaast mocht een 'doen' niet tot inhoud van de erfdiensbaarheid gemaakt worden.

Het onderscheid dat bij de servitudes werd gemaakt was dat in:

- Positive servitudes; erfdiensbaarheden om een bepaald gebruik door het heersend erf op het dienen erf te dulden, bijvoorbeeld een recht van overpad.
- Negative servitudes; erfdiensbaarheden die de eigenaar van het dienend erf beperkten in zijn gebruik, bijvoorbeeld het opleggen van een bouwverbod.

De nakoming van een servitude kon slechts worden afgedwongen door de eigenaar van het heersend erf, niet door bijvoorbeeld huurders van het heersend erf. Vorenstaande neemt niet weg dat huurders in beginsel wel de erfdiensbaarheid mochten uitoefenen.²⁴

17 Bekend zijn onder meer property, proper liferent, servitudes en possession. Zie hiervoor meer uitgebreid Paisley, Land Law, §2.4.

18 Denk voor het uitbreiden van de toegestane servitudes aan de mogelijkheid om een servitude of car parking te creëren, Tailors of Aberdeen v Coutts (1840) 1 Rob 296.

19 Conveyancing and Feudal Reform (Scotland) Act 1970, P. II.

20 Paisley, t.a.p., §2.7.

21 Zie uitgebreid over de eisen die voor het ontstaan van servitudes werden gesteld en de lijst van 'bekende' servitudes De Waal, Servitudes, in: a History of private law in Scotland I, p. 329 e.v.

22 Rennie, Land Tenure in Scotland, §11-05.

23 Zie de zaak Neill v. Scobbie als beschreven door Reid in Vassals No More: feudalism and Post-feudalism in Scotland p. 284 in European Review of Private Law 3-2003. Ook Paisley, Land Law, p. 223 e.v.

24 Paisley, Land Law, §8.2 e.v.

9.3.2 Real burdens vóór the appointed day

De real burdens onderscheidden zich van de servitude door de mogelijkheid verplichtingen tot een doen als inhoud te hebben. Daarnaast was het ook mogelijk verplichtingen om te dulden of niet te doen in de vorm van een real burden met een stuk land over te laten gaan op de verkrijger daarvan. Voor het vestigen van een real burden was in tegenstelling tot de servitude wel een akte nodig en bovendien inschrijving in de openbare registers.

De real burdens kwamen deels voort uit het feodale systeem (de feudal burdens). Deze real burdens zijn met de afschaffing van het feodale stelsel ook afgeschaft. Ook bestond er een groep van real burdens die grote gelijkenis vertoonden met de servitudes en die de eigenaar van het ene (heersende) erf een recht tot nakoming jegens de eigenaar van het andere (dienende) erf gaven. Globaal waren er twee soorten van deze real burdens te onderscheiden:

- De neighbour burdens, waarbij een perceel een verplichting kreeg opgelegd ten gunste van een belendend perceel, maar het belendend perceel geen daar tegenover staande verplichtingen had;
- De community burdens, waar percelen grond over en weer verplichtingen op zich hadden genomen.

Een verder onderscheid tussen de real burdens en de servitudes was, dat de servitudes absolute werking hadden, dus ook ingeroepen konden worden tegen diegenen die op het dienend erf een recht van gebruik hadden, terwijl een real burden slechts ingeroepen kon worden jegens de eigenaar van het dienend erf en diens rechtverkrijgenden.²⁵

9.4 HET STELSEL ONDER THE TITLE CONDITIONS (SCOTLAND) ACT 2003

Tegelijk met het in werking treden van de Abolition of Feudal Tenure etc (Scotland) Act 2000 en daarmee het afschaffen van het feodale systeem, is de Title Conditions (Scotland) Act 2003 [hierna TC(S)A 2003] in werking getreden. Met het invoeren van deze laatste wet is de bezem gehaald door de praktijk van de al dan niet feodale real burdens en servitudes. Door de Schotse wetgever is onderkend dat de real burdens een duidelijk bestaansrecht hebben naast de erfdiensbaarheden, zij het dat richtlijnen moeten worden gegeven voor de inhoud en reikwijdte ervan. In de TC (S)A 2003 worden algemene regels gegeven met betrekking tot de real burdens zoals definities, regels omtrent inhoud, ontstaan, duur, afdwingbaarheid en einde. Bovendien worden in het 7^e deel van de wet de erfdiensbaarheden

²⁵ Paisley, t.a.p., §9.4.

beschreven (positief en negatief) en de mogelijkheid om real burdens om te zetten in erfdiensbaarheden en vice versa.

Kort gezegd zijn met ingang van the appointed day alle negative servitudes (servitudes om iets niet te doen) omgezet in negative burdens, terwijl alle real burdens die als inhoud een verplichting om te dulden hadden, zijn omgezet in positive servitudes. Het is niet meer toegestaan negative servitudes te vestigen, noch kunnen real burdens met als inhoud een dulden in het leven worden geroepen.²⁶

9.4.1 Real burdens sinds the appointed day

In de TC(S)A 2003 wordt een real burden omschreven als:

‘an encumbrance on land constituted in favour of the owner of other land in that person’s capacity as owner of that other land’.²⁷

Alhoewel de term praedial burden nergens in de nieuwe wet terug te vinden is, worden burdens die aan bovenstaande definitie voldoen ook wel als zodanig aangeduid.²⁸ Bij de praedial real burdens wordt het belaste perceel ‘burdened property’ genoemd (dienend erf) terwijl het andere perceel de naam ‘benefited property’ (heersend erf) draagt.

Tegenover de praedial real burdens staan de personal real burdens, zijnde de verplichtingen die ten laste van een stuk grond maar ten gunste van een persoon strekken.²⁹

9.4.1.1 De inhoud en kenmerken van een real burden

Een real burden mag tot inhoud hebben zowel een verplichting om te doen als om niet te doen. Heeft de burden als inhoud een verplichting om te doen dan wordt hij *affirmative* genoemd, betreft het een verplichting om niet te doen dan is de burden *negative* ‘in nature’. Het onderscheid is relevant voor de vraag jegens wie de burden kan worden gehandhaafd; affirmative burdens kunnen slechts worden ingeroepen jegens de eigenaar van het dienend erf, negative burdens tegen eenieder die het dienend erf gebruikt.

Verplichtingen om te dulden zijn uitdrukkelijk niet als inhoud van de real burden toegestaan; hiervoor blijft de servitude de aangewezen figuur.

26 Uitgebreid over de nieuwe regels voor servitudes Rennie, t.a.p., Chapter 11.

27 TC(S)A 2003, s. 1(1).

28 Conveyancing, §15.3.

29 TC(S)A 2003 s. 1(3).

De burden moet direct of indirect een relatie hebben met het belaste grondstuk wat de inhoud van met name de affirmative burdens begrenst.³⁰ Wanneer er sprake is van een heersend erf moet de burden ook ten gunste strekken van dat erf, tenzij er sprake is van een community burden.³¹ Voorts mag de burden niet in strijd zijn met het algemene belang en geen monopolie creëren. Daarnaast is het niet toegestaan een verplichting op te leggen die een onredelijke beperking van de handel tot gevolg heeft,³² noch mogen verplichtingen worden opgelegd die zich niet verdragen met de eigendom. Globaal wordt hiermee dezelfde beperking opgelegd als in het Duitse recht bij de Unterlassungsdienstbarkeit geldt.³³

Alhoewel bovenstaande anders doet vermoeden, is het mogelijk een recht van toegang tot of het gebruik van een bepaald perceel tot inhoud van de burden te maken of regels te stellen omtrent het bestuur ervan. De burden wordt dan een 'ancillary burden' genoemd.³⁴ Vereist is wel dat de burden 'ancillary' (ondergeschikt) is aan een affirmative of negative burden.

Bij de beoordeling van de vraag met wat voor soort burden we te maken hebben moet veeleer naar het effect van de voorschriften worden gekeken, dan naar de wijze waarop de voorschriften zijn geformuleerd.³⁵

9.4.1.2 *De totstandkoming van real burdens*

Het vestigen van een real burden vindt plaats door inschrijving van een akte van vestiging (constitutive deed) in de registers, waarbij de datum van inwerkingtreding van de burden kan worden uitgesteld. Wat voor akte voor de vestiging gebruikt wordt is niet relevant (kan bijvoorbeeld zowel bij overdracht van the burdened of van the benefited property gebeuren), dit in tegenstelling tot de regels vóór 28 november 2004, toen real burdens slechts konden worden gecreëerd 'in a conveyance of the burdened property or in a deed of conditions'.³⁶ In de akte moet worden vermeld dat het een real burden betreft³⁷ en als het een specifiek soort burden betreft, zoals een conservation burden, kan worden vermeld

30 TC(S)A 2003, s. 3(1).

31 TC(S)A 2003, s. 3(4).

32 Conveyancing, §15.32.

33 Zie §8.3.1.2.

34 TC(S)A 2003, s. 2(3) (4).

35 Dit kan lastig zijn, zoals ook bij de discussie over de toegestane inhoud van erfdienstbaarheden en kwalitatieve verplichtingen het geval is. Zie *Cooperative Wholesale Society v Ushers Brewery* 1975 SLT (Lands tr) 9 waarin werd gesproken het toegestane gebruik van op te richten gebouwen dat 'niet anders mocht zijn dan'... terwijl tevens werd gezegd dat het 'in geen geval mocht worden gebruikt voor'...

36 Zie voor de overwegingen die tot de uitbreiding hebben geleid *Report on real Burdens* (Scot Law Com no. 181, 2000), §3.12 e.v. via www.scotland.gov.uk.

37 De *voces signatae* ofwel voorgeschreven woorden.

dat het een dergelijke burden betreft. Daarnaast zijn noodzakelijk het vermelden van de voorwaarden van de burden 'in full',³⁸ het specificeren van het belaste perceel alsook van – indien aanwezig – het heersend erf,³⁹ dan wel de begunstigde persoon in geval van een personal real burden.⁴⁰ De burden moet in de openbare registers zowel bij het heersend als het dienend erf worden aangetekend, de 'dual registration'.

Bestonden er reeds feodale burdens met hetzelfde doel als die burdens die in de Title Conditions (Scotland) Act 2003 zijn opgenomen, dan bestaat de mogelijkheid de oude burdens weer 'over te zetten' (te converteren) in niet-feodale door middel van eerdergenoemde registratie.

De burden is in beginsel eeuwigdurend maar kan in de akte van vestiging in de tijd zijn gelimiteerd.

9.4.2 Personal real burdens

Tegelijk met het herschikken van de bestaande real burdens en servitudes werd onderkend dat er een maatschappelijke behoefte bestond aan een soortgelijke figuur als onze kwalitatieve verplichting, namelijk de mogelijkheid om de actieve zijde van een grondgebonden verplichting niet tevens aan een stuk grond maar aan een persoon te kunnen binden. Alhoewel binding van (de eigenaar van) een stuk grond aan een persoon natuurlijk de kern was van het af te schaffen feodale stelsel, is in de TC(S)A 2003 een aantal specifiek omschreven 'kwalitatieve verplichtingen' opgenomen, met daaraan gekoppeld een overzicht van 'personen' ten faveure waarvan deze verplichtingen kunnen worden gevestigd. In tegenstelling tot onder het Nederlandse recht betreft het hier geen natuurlijke personen, maar bijvoorbeeld de Kroon, de lokale of Schotse autoriteiten dan wel speciale conserverende organisaties. Door de zeer strikte omschrijving van de toegestane personal real burdens en het strikt inperken van de 'personen' ten gunste waarvan de burden kan strekken, is gepoogd de angst om terug te keren naar de horigheid die nu juist met het afschaffen van het feodale systeem moest worden uitgebannen, te bezweren.

De personal real burdens kunnen worden onderscheiden in acht soorten: de conservation burdens, de rural housing burdens, de maritime burdens, de economic development burdens, personal pre-emption burdens, personal redemption burdens,

38 In common law was de regel dat de voorwaarden kenbaar moesten zijn 'within the four corners of the deed'.

39 In tegenstelling tot de situatie voor de invoering van de TC(S)A 2003, is het buiten de situatie van de personal real burdens om niet meer mogelijk real burdens in het leven te roepen die strekken ten gunste van een persoon. De oude feodale burdens echter strekten voor een groot deel ten gunste van een persoon (de superior).

40 TC(S)A 2003, s. 4.

manager burdens en de health care burdens.⁴¹ Alhoewel zij inhoudelijk zeer verschillen, is een groot aantal bepalingen op alle personal real burdens van overeenkomstige toepassing, zoals de regels voor de handhaving van de burdens.⁴²

De eerste last die ten behoeve van het algemeen belang kan worden gevestigd is de zogeheten *conservation burdens*, te vestigen ten behoeve van de Schotse regering of 'a conservation body' als opgenomen in een gelimiteerde lijst.⁴³ De burdens moet tot inhoud hebben het in het algemeen belang behouden of beschermen van de architectonische of historische karakteristieken van een perceel of enige andere speciale karakteristiek van een perceel (waaronder begrepen speciale karakteristieken afgeleid van de flora, fauna of algemene verschijning van het perceel). De Schotse autoriteiten kunnen een instituut aanwijzen als conservation body als bedoeld in de wet, doch slechts indien het doel of een van de doelen van de organisatie is het in het algemeen belang behouden of beschermen van genoemde karakteristieken van land. Ook kunnen de Schotse autoriteiten een organisatie genoemde status afnemen.⁴⁴ Het recht voortvloeiende uit een conservation burdens mag worden toegewezen of anderszins worden overgedragen aan een andere conservation body dan wel aan de Schotse autoriteiten, met dien verstande dat de overdracht eerst effect sorteert na de inschrijving. Wanneer de begunstigde uit de burdens ophoudt een conservation body te zijn als bedoeld in de wet, houdt de burdens op te bestaan.

De '*maritime burdens*' vervolgens kan slechts worden gevestigd ten faveure van de Kroon, en behelst een verplichting aangaande zeebodem en de 'foreshore'. Genoemde verplichting is aan de actieve zijde niet overdraagbaar.⁴⁵

De '*economic development burdens*' is slechts te vestigen ten behoeve van locale of Schotse autoriteiten en heeft ten doel het stimuleren van economische ontwikkelingen. Zou de burdens door een ander dan de locale of de Schotse autoriteiten worden gevestigd, dan is de voorafgaande toestemming van deze autoriteiten nodig, alvorens de akte houdende de vestiging van de hen begunstigende burdens wordt geregistreerd.

Onder de burdens kan begrepen zijn de verplichting een som geld aan genoemde autoriteiten te betalen.⁴⁶

41 Zie over ieder van de afzonderlijke burdens uitgebreid Conveyancing, §15.12-21.

42 De algemene regels zijn opgenomen in de TC(S)A s. 40 en 41 en worden bijvoorbeeld voor de rural housing burdens in s. 43 (10) van overeenkomstige toepassing verklaard.

43 Zie meer uitgebreid Report on real burdens, p. 192 (§9.10).

44 TC(S)A 2003, s. 38 (4-7).

45 TC(S)A 2003, s. 44.

46 TC(S)A 2003, s. 45 (3).

De zogeheten '*health care burdens*' kunnen worden gevestigd ten behoeve van de National Health Service Trust of de Schotse autoriteiten.⁴⁷ Doel van deze burdens moet zijn het promoten van de aanwezigheid van gezondheidsfaciliteiten. Ook voor deze burdens geldt dat indien de burdens door een ander dan de National Health Service Trust of de Schotse autoriteiten wordt gevestigd, de voorafgaande toestemming van deze instantie/autoriteiten nodig is, alvorens de akte houdende de vestiging van de hen begunstigende burdens wordt geregistreerd. Ook onder deze burdens kan begrepen zijn de verplichting een som geld aan genoemde autoriteiten te betalen

De '*rural housing burdens*' kan worden gevestigd ten behoeve van een woningcorporatie op het platteland en heeft ten doel de betreffende instantie een voorkeursrecht tot koop ten behoeve van het belaste perceel te verlenen.⁴⁸

De '*personal pre-emption*' en '*redemption burdens*' kunnen na de appointed day niet meer gevestigd worden, wel zijn er in de wet overgangsregelingen getroffen.

De laatste personal real burdens is er een van bijzondere aard. De '*manager burdens*' geeft aan een projectontwikkelaar het recht ten aanzien van het te ontwikkelen stuk grond de ontwikkeling ter hand te nemen (te managen) dan wel te bepalen wie als manager op zal treden.⁴⁹ Gedachte achter deze burdens is het beschermen van de projectontwikkelaar tegen kopers die nog gedurende de ontwikkeling van het project handelingen verrichten die de door de ontwikkelaar gedane investeringen teniet doen of de verkoop van andere perceelsgedeelten bedreigen. Door de burdens krijgt de ontwikkelaar de touwtjes stevig in handen, zij het slechts gedurende een beperkte periode. De ingebakken beperking in tijd is uniek wanneer deze wordt vergeleken met de andere personal real burdens die in principe eeuwigdurend zijn.

Met het in werking treden van de nieuwe wetgeving vervallen, met uitzondering van het hierboven genoemde, alle feodale burdens. De superiors die een reëel belang hebben bij handhaving van hun recht hebben hiervoor zoals uiteen gezet, de mogelijkheid. Andere superiors die geen belang aan kunnen tonen, lijden geen schade en komen dan ook niet voor compensatie in aanmerking.

9.5 HET RECHT OM DE BURDEN AF TE DWINGEN

Een burdens kan worden gehandhaafd door diegene die een rechtsgrond en belang tot handhaving heeft. De eigenaar van het heersend erf heeft in ieder geval deze

47 TC(S)A 2003, s. 46.

48 TC(S)A 2003, s. 43.

49 TC(S)A 2003, s. 63.

mogelijkheid, maar ook bijvoorbeeld diens echtgenoot.⁵⁰ Betreft het een personal real burden dan kan slechts degene ten behoeve van wie de burden is gevestigd tot handhaving overgaan.⁵¹

In geval van een verplichting om te doen kan de burden worden afgedwongen jegens de eigenaar van het dienend erf. Een verplichting om niet te doen of een ancillary burden kan worden afgedwongen jegens de eigenaar of huurder van het dienend erf dan wel iedere andere persoon met een recht tot gebruik van het dienend erf.⁵²

Wordt een dienend erf overgedragen dan blijft de voormalig eigenaar hoofdelijk aansprakelijk voor eventuele schade voortkomend uit een verplichting om te doen. Omgekeerd is de nieuwe eigenaar ook hoofdelijk aansprakelijk voor de door de vorige eigenaar veroorzaakte schade uit een verplichting om te doen.⁵³

9.6 DE SERVITUDES NA THE APPOINTED DAY

De andere manier om verplichtingen aan land te verbinden, de servitude, heeft ook wijzigingen ondergaan na the appointed day. Vanaf genoemde datum zijn nog slechts positive servitudes toegestaan, zijnde servitudes met als inhoud een verplichting om te dulden.

Onder het feodale stelsel bestond de eerder genoemde 'fixed list of servitudes' waarbij de regel gold dat indien de servitude maar bleef binnen de grenzen van de bekende servitudes, er geen inschrijving in de openbare registers noodzakelijk was. Omdat de 'closed list' nergens duidelijk was vastgelegd leidde dit tot de rare situatie dat niet duidelijk was welke verplichting nu wel of niet als inhoud van een servitude was toegestaan. De nieuwe wet maakt een einde aan het bestaan van de fixed list of servitudes, en doet dat door te bepalen dat in beginsel iedere verplichting die zich ervoor leent als positive servitude gevestigd te worden, ook als zodanig gevestigd kan worden mits schriftelijk aangegaan en ingeschreven in de openbare registers op de wijze als voorgeschreven in s. 75 van de TC(S)A 2003. Bovendien zijn real burdens die voor the appointed day bestonden en een verplichting tot binnentreden of gebruik op het dienend erf legden, met ingang van the appointed day omgezet in positive servitudes.⁵⁴ Omgekeerd zijn alle negative servitudes die immers vanaf gemelde datum niet meer zijn toegestaan, omgezet in

50 Zie voor andere specifieke groepen personen bij specifieke burdens TC(S)A 2003, s. 8 (2-5).

51 TC(S)A 2003, s. 8(6).

52 TC(S)A 2003, s. 9.

53 Zie voor verdere bepalingen over hoofdelijke aansprakelijkheid onder meer bij splitsing van het dienend erf TC(S)A 2003, s. 10 e.v.

54 TC(S)A 2003, s. 81.

real burdens.⁵⁵ Voor het overige zijn de eisen die gelden voor het vestigen van een servitude gelijk aan die welke al golden voor de invoering van de wet, namelijk de eis van een benefited en een burdenend property, het praediale karakter, de inhoud die zich beperkt tot een servitus in patiendo en het verbod in strijd te zijn met de vrijheid van de eigenaar van het dienend erf.⁵⁶

Schematisch kan als volgt worden weergegeven wat tot inhoud van welke figuur kan worden gemaakt:⁵⁷

Type	servitude	real burdens
Positief (doen)	nee	ja
Negatief (niet doen)	nee	ja
Dulden	ja	nee, tenzij ancillary

9.7 WIJZIGING VAN TITLE CONDITIONS

Alhoewel de title conditions in beginsel 'will last until in perpetuity'⁵⁸ is het mogelijk hen gedurende hun bestaan te wijzigen of te laten eindigen (geheel of gedeeltelijk), dit laatste door middel van de inschrijving van een deed of discharge, verleend door of namens de eigenaar van het heersend erf. Ook is het mogelijk dat de burden eindigt ofwel door verjaring⁵⁹ ofwel doordat er niemand is die enig belang heeft bij instandhouding van de burden.⁶⁰

Het wijzigen van title conditions in het algemeen kan op een achttal manieren geschieden,⁶¹ waarvan de minute of waiver de meest gebruikelijke wijze van wijziging of afstand is.⁶²

Wijziging van een title condition (burden of servitude) vindt plaats op dezelfde wijze als in het geval dat er geheel afstand van wordt gedaan, dit omdat wijziging als een gedeeltelijke afstand wordt beschouwd. In TC(S)A 2003, s. 15, wordt expliciet bepaald dat degene die de waiver verleent de eigenaar van het heersend

55 TC(S)A 2003, s. 80.

56 Conveyancing, §16.3.

57 Naar Steven, Revolution in Scottish Land Law, in EJCL vol. 8.3 Oct. 2004.

58 Zie specifiek voor de real burdens TC(S)A 2003, s. 7.

59 TC(S)A, s. 16.

60 TC(S)A, s. 17. e.v.

61 Conveyancing, §18.1.

62 Conveyancing, §18.4.

erf is, en voorts dat wijziging ook feitelijk een gedeeltelijke beëindiging van de title condition in kan houden.

Zo kan bijvoorbeeld een real burden inhoudende een verbod om te bouwen, worden gewijzigd in die zin dat het bouwverbod geheel vervalt, maar ook kan hij inhoudelijk dusdanig worden gewijzigd dat het oprichten van een bepaald soort gebouwen is toegestaan. In het Schotse systeem houdt wijziging van de inhoud ofwel in het doen van gedeeltelijke afstand van een bestaande burden (zie vorengenoemd voorbeeld van het bouwverbod), ofwel het verzwaren van de burden door het opleggen van nieuwe verplichtingen. In het laatste geval moeten de voorwaarden die worden gesteld voor het in het leven roepen van real burdens in acht worden genomen.

Voor de community burdens en de personal real burdens zijn bij de wijziging specifieke bepalingen opgenomen, nu de definitie van degene(n) die de deed of variation or discharge moet(en) verlenen een andere is dan bij de 'reguliere real burdens'.⁶³

Het wijzigen van de real burden kan niet geschieden door gebruikers als huurders of pachters. Slechts de goederenrechtelijk gerechtigden moeten akkoord zijn, en wel allemaal. Een uitzondering is gemaakt voor de community burdens waarbij een meerderheid voldoende is.⁶⁴

9.8 BEËINDIGING VAN TITLE CONDITIONS

Er zijn diverse wijzen waarop title conditions kunnen eindigen, alle redelijk verspreid in de wet opgenomen.

De meest voorkomende wijze van tenietgaan van de real burden is dat de eigenaar van het heersend erf/de gerechtigde tot de real burden door middel van de eerder genoemde deed of discharge (geheel of gedeeltelijk) afstand doet van zijn recht. Tevens is het mogelijk in onderling overleg de verplichting te beëindigen, maar ook⁶⁵ wanneer de eigenaar van het heersend erf of eenieder die de burden kan afdwingen activiteiten in strijd met de burden gedurende een periode van 12 weken heeft toegestaan houdt de burden voorzover de inbreuk heeft plaatsgehad, op te bestaan. De persoon/personen die de burden konden afdwingen wordt/worden dan, behoudens tegenbewijs, geacht van de inbreuk op de burden op de hoogte te zijn geweest.⁶⁶ In plaats van 'express consent', de 'implied consent'.

63 Resp. TC(S)A 2003, s. 32 e.v. en 48.

64 Conveyancing, §18.19.

65 In geval van real burdens.

66 TC(S)A 2003, s. 16.

Ook wanneer niemand meer een redelijk belang heeft bij het in stand houden van de burden verdwijnt deze.⁶⁷

Opmerkelijk is, dat er voor de real burdens uitdrukkelijk is bepaald dat het enkele feit dat heersend en dienend erf in één hand zijn of dat de gerechtigde tot de burden tevens de eigenaar van het dienend erf is, geen grond is voor tenietgaan. Evenals in het Duitse recht (de Eigentümerdienstbarkeit) zien we hier dat in een dergelijk geval niet automatisch sprake is van vermenging (confusio)⁶⁸ Voor de servitude geldt wel dat deze verdwijnt bij confusio, maar in tegenstelling tot in het Nederlandse recht wordt hij verondersteld weer te herleven indien heersend en dienend erf weer in verschillende handen komen.⁶⁹

Na een bestaansperiode van 100 jaar kan de eigenaar van het dienend erf, dan wel eenieder jegens wie de burden kan worden afgedwongen of een rechtsopvolger daarvan, een kennisgeving van beëindiging van de burden uitvoeren en inschrijven.⁷⁰ Voor deze kennisgeving bestaan voorgeschreven documenten.⁷¹ Ook geldt, dat indien inbreuk wordt gemaakt op een burden deze vervalt – al naar gelang de aard van de inbreuk geheel of gedeeltelijk – indien gedurende een periode van vijf jaar vanaf de inbreuk, geen relevante claim of erkenning heeft plaatsgevonden.

Een servitude kan worden beëindigd door een deed of discharge 'on registration of the deed against the burdended property'.⁷²

9.9 SAMENVATTING

Met het opschudden van de title conditions naar de huidige systematiek wordt een beweging ingezet naar een meer civiel georiënteerd systeem van zakelijke lasten, waarbij echter niet van een eenvoudig en helder systeem kan worden gesproken. Bij het vergelijken van het Schotse systeem met het Nederlandse valt meteen op dat waar het Nederlandse systeem tendeert naar het toestaan van een steeds grotere vrijheid voor partijen in het binden van verplichtingen aan onroerende zaken ten

67 Conveyancing, §18.46 e.v.

68 In het Report on Real Burdens van de Scottish Law Commission wordt op p. 92 aangehaald de overweging van Prof. Gordon in Scottish Land Law, waarin hij hieromtrent opmerkt '[I]t does not appear that the mere fact that the same person owns the land removes the conditions from the titles or deprives them of all effect. The better view is that the conditions are dormant, until some action is taken to remove them, or to destroy them by acting in contravention of them, because the acquirer of one property from the person who happens to hold both titles ought to be able to rely on the records or the register'.

69 Cusine/Paisley, Servitudes and Rights of Way, §17.22 e.v.

70 Nota Bene: deze mogelijkheid bestaat zeker niet voor alle real burdens. In TC(S)A 2003, s. 20 (3) is een groot aantal burdens van de werkingsfeer uitgezonderd.

71 In de wet opgenomen als bijlage 2.

72 TC(S)A 2003, s. 78. Zie ook meer uitgebreid Conveyancing H. 18.

gunste van personen,⁷³ het gloednieuwe Schotse systeem zich op dat gebied zeer bescheiden opstelt. Natuurlijk is vorenstaande het gevolg van het tegelijkertijd afschaffen van het feodale stelsel en de angst een nieuwe vorm van horigheid binnen te halen. De praedial real burdens en de servitudes vereisen beide een heersend en een dienend erf zodat deze beide figuren geen equivalent voor onze verplichting vormen.

De personal real burdens vormt dit wel maar is door zijn zakelijke karakter van geheel andere aard dan onze verplichting, wat onder meer tot uiting komt in de wijze van ontstaan, wijziging en tenietgaan. Ook zal in faillissement de positie van de real burdens onaangetast blijven.

Inhoudelijk biedt de kwalitatieve verplichting partijen oneindig meer mogelijkheden dan de personal real burdens. Niet alleen is in het Schotse recht duidelijk omschreven ten gunste van wie de burdens mag strekken, ook de inhoud van de burdens staat grotendeels vast.

Wat voor onze verplichting interessant is, is dat ook bij de personal real burdens geen vermenging optreedt indien de vordering en het belaste erf in één hand komen. Weliswaar bevinden we ons hier in het goederenrecht, maar naar mijn mening betreft het veeleer de gedachte achter de bepaling (kunnen uitzonderingen op de vermengingsregel worden geformuleerd?) die relevant is, en die we in het Nederlandse stelsel aan de orde zouden kunnen stellen.

73 Naast de invoering van de kwalitatieve verplichting is ook de tendens in de notariële tuchtrechtspraak inzake het kettingbeding te noemen. Ook de nieuwe Amerikaanse wetgeving van 2000 op dit gebied is overgegaan op een meer open systeem, aldus blijkt uit de bijdrage van Susan French in genoemde bundel 'Towards a Unified System of Land Burdens?'

